

# **RESOLVENDO QUESTÕES DIFÍCEIS QUE ENVOLVEM O EXAME DA QUALIDADE DE SEGURADO E DA CARÊNCIA**

**Daniel Machado da Rocha**

Juiz Federal. Ex-membro da 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais, Seção do Rio Grande do Sul. Ex-Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS, Mestre e Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC/RS. Diretor-Geral da Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul - ESMAFE/RS - e Professor Coordenador da disciplina de Direito Previdenciário. Publicou pela editora Livraria do Advogado a obra: O Direito Fundamental à Previdência Social, e, em co-autoria, as obras: Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social, atualmente na sua 8ª edição, Comentários à Lei do Custeio da Seguridade Social, Temas Atuais de Previdência e Assistência Social, e Direito Previdenciário, Aspectos Materiais Processuais e Penais, e Comentários à Lei do Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Cíveis da União. Pela editora Juruá, Coordenou a obra Curso de Especialização em Direito Previdenciário.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução 2. A interpretação no Direito Previdenciário. 3. O modelo de Seguridade Social brasileiro. 4. Resolvendo casos difíceis que reclamam reflexão sobre os requisitos genéricos. 4.1. Um caso difícil versando sobre a aposentadoria por invalidez. 4.2. Dois casos controversos nos quais se examina o direito à pensão por morte. 5. Considerações finais.

## **1 INTRODUÇÃO**

Nossa Constituição Federal de 1988 consagrou, pela vez primeira (art. 194), a seguridade social como: “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. Sem dúvida, a Lei Fundamental abriu veredas para significativos avanços na estruturação da proteção social, tais como, a determinação de que a legislação previdenciária promovesse uma efetiva inclusão dos trabalhadores urbanos e rurais na órbita da proteção previdenciária – tarefa na qual o legislador ordinário se desincumbiu a contento, prevendo inclusive importantes regras de transição que nem sempre são adequadamente compreendidas (§2º do art. 55, art. 142 e art. 143, todos da Lei nº 8.213/91) – e a extensão do direito ao benefício de pensão ao marido e ao

companheiro que, salvo quando inválidos, não eram considerados como dependentes pelos regimes previdenciários.

A Lei Fundamental não admite a existência de trabalho formal, público ou privado, sem a vinculação a um determinado regime de previdência. Um regime previdenciário público, instituto essencial para a realização destes direitos predominantemente prestacionais, pode ser entendido como o conjunto de normas que disciplinam as relações jurídicas entre a instituição responsável pela concessão e manutenção das prestações previdenciárias e o grupo de sujeitos amparados (beneficiários).

Quando a controvérsia sobre o implemento dos requisitos genéricos para a concessão das prestações previdenciárias é transformada em uma demanda judicial, via de regra, a interpretação das disposições da Lei de Benefícios aplicáveis ao caso é efetuada com tranquilidade, dependendo a solução do litígio de um exame do contexto fático reproduzido nos autos do processo. Mas, como aqueles que no seu dia-a-dia trabalham com o direito previdenciário já puderam perceber, há situações nas quais o exame da qualidade de segurado e da carência, longe de ser uma questão singela, podem representar um desafio estimulante a ser investigado. Em tais ocasiões, as reflexões extrapolam os contornos da demanda, enveredando para um diagnóstico sobre a consistência jurídica do nosso sistema de proteção previdenciária.

Não pode ser olvidado que o êxito das políticas sociais depende consideravelmente da credibilidade depositada pela população no sistema. Infelizmente, como no Brasil a qualidade dos serviços públicos deixa muito a desejar e a administração pública, na maior parte das vezes, não tem pautado sua conduta pela eficiência, a população em geral tem buscado a via judicial como verdadeira panacéia para todos os males da nação. Mas a intervenção judicial, não raras vezes, também pode contribuir para desestimular a solidariedade forçada que é um dos fatores responsáveis pela justificação do sistema, agravando ainda mais as deficiências legislativas originárias.

Se concordarmos com a premissa de que a tarefa do operador do direito não se restringe a uma atividade descritiva, mas essencialmente interpretativa, podemos perceber o quão sensível ela é às convicções teóricas do interprete a respeito do objeto avaliado, bem como às suas pré-compreensões. Por isso, ainda que sucintamente, não vou me furtar de declinar os elementos que constituem minha pré-compreensão a res-

peito dos fundamentos legislativos do Direito Previdenciário – até porque as pré-compreensões não podem ser arbitrárias e também estão sujeitas a serem aperfeiçoadas pela dialética – destacando as opções legadas por nossa tradição em matéria de seguridade social.

Os direitos sociais prestacionais, tais como saúde, previdência, habitação, educação, na medida em que sua implementação reclama a mediação estatal, têm a sua realização umbilicalmente relacionada com a organização de políticas públicas que devem estar sintonizadas com a realidade nacional. Fatores como o planejamento e a priorização de determinadas atividades, os condicionamentos institucionais – isto é, a existência de uma estrutura administrativa dotada de organização e capacidade técnica para a prestação de serviços – e, sobretudo, um orçamento compatível, não podem ser ignorados.<sup>1</sup>

O presente arrazoado convida o leitor a meditar sobre certos problemas do direito previdenciário, a partir de uma visão sistemática e principiológica, no qual procurarei chamar a atenção para a relevância do papel da interpretação, em especial a realizada pelo Poder Judiciário, no aperfeiçoamento do sistema previdenciário brasileiro.

## 2 A INTERPRETAÇÃO NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Dworkin, em sua seminal obra *O Império do Direito* – na qual conchama os juristas a refletirem, principalmente, a respeito da interação existente entre o objeto da interpretação e a finalidade com a qual ela é realizada – destaca que, em toda interpretação, o intérprete tenta tornar um objeto o melhor possível e que o direito, como uma prática social, requer uma forma peculiar de interpretação que se assemelha a interpretação artística. A esta interpretação atribui a designação de “interpretação criativa”. Esclarece o filósofo de Harward que a interpretação centra-se, não nas causas, mas nos propósitos do intérprete.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> MIRANDA destaca, inclusive, que o artigo 22 da Declaração Universal liga os direitos econômicos sociais e culturais “*ao esforço internacional e à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada povo*”. (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, p.348).

<sup>2</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, p. 62-3.

O pensamento humano ostenta uma relação fundamental com a linguagem. Diferentemente dos outros animais, o homem pode externar tudo o que experimenta, partilhando o seu pensamento mediante o logos, revelando não apenas o que lhe dá prazer ou dor, mas aquilo que ele considera justo ou injusto.<sup>3</sup> Em síntese, tudo o que o homem pensa ou sente pode ser comunicado, mas a linguagem não é unívoca, podendo a mesma expressão indicar coisas diversas. A linguagem tem o condão de atribuir sentido às coisas existentes no mundo – embora o sentido estipulado nem sempre seja verdadeiro, por exemplo, quando são empregadas metáforas – sendo possível de ser captada, compreendida e assimilada. Neste processo enigmático, tão profunda é a simbiose, que nunca conseguimos pensar sobre a linguagem a não ser dentro de uma língua.<sup>4</sup>

O ser humano não surge em um estado neutro. Ele sempre emergiu moldado por uma determinada cultura, contextualizado temporal, social e ideologicamente. O acesso aos objetos ocorre via linguagem, a qual está imersa num mundo histórico específico, numa cultura determinada, razão pela qual, ao lado da forma lógica dos processos cognitivos, necessitamos colocar a interpretação.

As proposições formuladas, em qualquer tipo de comunicação, dependem do contexto em que estão situadas, necessitando serem interpretadas. Sempre chegamos a algo como algo, isto é, a linguagem traz em si um duplo elemento, um elemento lógico-formal que manifesta as coisas na linguagem, e o elemento prático de nossa experiência de mundo anterior à linguagem, mas que não se expressa senão via linguagem, e este elemento é o como e o logos hermenêutico.<sup>5</sup>

As disposições normativas podem ser veiculadas por artigos de lei, dispositivos de sentença, ou de cláusulas de um contrato, apresentando-se sob o perfil lingüístico-formal, como uma proposição, ou seja,

<sup>3</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Homem e linguagem*. In: “*Hermenêutica Filosófica – nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*”, p. 117.

<sup>4</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Homem e linguagem*. In: “*Hermenêutica Filosófica – nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*”, p. 120.

<sup>5</sup> STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*, 2ª ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 21.

uma seqüência de palavras dotada de significado.<sup>6</sup> Na linguagem comum dos juristas, não costuma ser efetuada distinção entre disposição normativa (texto normativo) e norma. Porém essa distinção é de suma relevância não apenas por não haver correspondência bi-unívoca entre texto e lei – os enunciados normativos admitem diferentes interpretações – mas, principalmente, porque ela denota a forma como o operador do direito concebe o sistema jurídico e seu papel (ativo ou passivo) perante ele.

No processo de interpretação, tarefa vital para viabilizar uma adequada aplicação, o operador do direito deve conceber o enunciado normativo como o ponto de partida do seu raciocínio jurídico, não realizando uma atividade meramente descritiva, mas agindo na reconstituição do significado da norma. Em suma, na lição de Guastini, a interpretação pode ser descrita como a atribuição de um significado a um texto normativo, porquanto as normas não são o objeto, mas o produto da interpretação.<sup>7</sup>

Quando interpretamos um texto jurídico, consciente ou inconscientemente, realizamos uma atividade volitiva e decisória a partir de um conjunto de expectativas ou pré-conceitos que irão condicionar sensivelmente o resultado desta atividade.

A primeira mensagem extraída de um artigo de lei ou de um capítulo de um texto pode não representar a melhor conjectura, a mais adequada possibilidade interpretativa. O texto reclama o cotejo com um contexto determinado (o conjunto de informações importantes tais como os demais artigos da lei ou os demais capítulos do texto). Se esta comparação resultar em um descompasso, então a primeira interpretação deve ser abandonada, devendo ser formulada uma nova proposta de interpretação, pois a tarefa hermenêutica é uma tarefa possível e infinita. O trabalho hermenêutico demanda uma contínua revisão do resultado anterior. Se quero compreender a opinião de outro, não posso me ater cegamente a minhas pré-suposições.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> LUMIA, Giuseppe. Elementos de Teoria e Ideologia do Direito, p. 39.

<sup>7</sup> GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às normas*, p. 131.

<sup>8</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, p. 403-404.

Em qualquer pacto social, consubstanciado no sistema jurídico que lhe serve de suporte, são encontradas regras e princípios que aparentemente estão em conflito. Os enunciados normativos surgem em diferentes momentos históricos, não sendo raro o operador do direito defrontar-se com antinomias jurídicas,<sup>9</sup> produzindo permanentemente certa tensão no ordenamento jurídico.

Na minha concepção, o operador do direito tem um papel da maior relevância para o aperfeiçoamento das políticas de proteção social. Por isso, nessa tarefa que delibera sobre a efetividade de direitos fundamentais sociais, é necessário que seja investigado, com maior profundidade, os fundamentos normativos do sistema de proteção social no qual se pretende interferir. Exatamente por ser subestimado o arcabouço jurídico normatizador da previdência social, quando não ignorado, tem sido realizadas interpretações fragmentárias e contraditórias, que não priorizam os casos de necessidade social mais relevantes, promovendo-se a negação de pretensões absolutamente legítimas, v.g., com base no dogma da não-auto-aplicabilidade de disposições constitucionais<sup>10</sup>, ou com amparo em artigos ilegais de regulamentos. Em outras situações, pela via de interpretações que combinam regras de exceção para extrair apenas o que é mais favorável, o intérprete acaba agravando as deficiências legislativas originais.

É claro que, em qualquer problema jurídico, diferentes decisões podem ser construídas com uma fundamentação racional convincente, sendo importante sopesar não apenas os aspectos técnicos da questão previdenciária, mas, também os fins para os quais essa técnica de proteção social foi instituída, permitindo que a coletividade possa ser por ela atendida da maneira mais justa e harmoniosa, pois tudo o que sistema

---

<sup>9</sup> Tradicionalmente, entende-se por antinomia jurídica a situação que se verifica entre duas normas estritas (regras) incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade. (BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, p. 88).

<sup>10</sup> Neste ponto, basta citar a lamentável decisão do que, entendendo não ser auto-aplicável o inciso V do art. 201 da CF/88, negou o direito ao benefício de pensão ao viúvo, quando o óbito da segurada ocorreu antes do advento da Lei 8.213/91. (STF. 2<sup>a</sup> T. RE-ED 252.822/RS. Rel. Ellen Gracie. J. 10/06/2003. DJ 22.08.2003).

concede para alguém, necessariamente implica um custo que deverá ser suportado, em última instância, por toda a sociedade.

O sistema brasileiro de previdência social, seguindo a tendência mundial, tem sido constantemente reformado. Sendo a previdência sensível às oscilações da dinâmica social, quando são modificadas as condições essenciais sobre as quais o arcabouço legislativo previdenciário foi edificado, torna-se necessário atualizar as regras do seguro social para que o sistema continue sendo eficiente na proteção, pelo menos, das necessidades sociais mais relevantes que podem afetar a vida dos seus beneficiários. Em um país de grande instabilidade econômica e social, cujos governantes não tem primado sua conduta pela satisfação do interesse público, não é preciso muito esforço para que sejam vislumbradas leis lacunosas e contraditórias.

Nenhum jurista negaria a necessidade de que um ordenamento jurídico seja coerente, permitindo que as contradições e lacunas constantemente visualizadas nas suas entranhas possam ser dirimidas. Assim, é imprescindível, para uma adequada atividade hermenêutica, que o operador do direito compreenda o sistema jurídico como *“uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.”*<sup>11</sup>

Se a partir da positivação de uma norma que é deflagrado um processo de interpretação e aplicação que repercuta no próprio sentido e na função do direito consagrado, por vezes, o caso concreto poderá reclamar uma “complementação produtiva do direito”, a qual deve emergir não como arbitrariedade, mas de uma ponderação justa do conjunto.<sup>12</sup> Esta atividade de criação e atualização do direito decorre de poderes outorgados pelo ordenamento jurídico, mas que não são iguais aos atribuídos ao Poder Legislativo, devendo ser exercida com muita parcimônia e equilíbrio. Nesse sentido, a lição de Marcus Orione, destacando

<sup>11</sup> FREITAS, Juarez. *A interpretação Sistemática do Direito*, p. 46.

<sup>12</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, p. 489.

que o ordenamento jurídico autoriza a produção de normas não apenas pelo Poder Legislativo, sendo que o Poder Judiciário, na interpretação “em concreto”, podem reinventar o direito, atividade devidamente limitada pelo sistema.<sup>13</sup>

Podemos destacar vários exemplos de decisões relevantes que atualizaram o direito previdenciário em conformidade com a sociedade brasileira, como a que determinou a concessão dos benefícios de pensão e auxílio-reclusão aos companheiros homoafetivos, discriminação que não era compatível com a nossa lei fundamental.<sup>14</sup> Embora não seja raro os tribunais afirmarem que estão apenas extraindo o significado da norma (vale dizer a interpretação, dentro de uma visão positivista, é uma atividade cognoscitiva, sendo que os enunciados normativos possuem um significado próprio, intrínseco que é descoberto pelo intérprete), não é isto que realmente ocorre. Como a interpretação consiste no ato de atribuir significado para um enunciado normativo, o operador do direito, neste ato, pode estar agregando um novo sentido ao enunciado normativo, e, portanto, criando direitos.

Exemplos de interpretação criativa na seara do direito previdenciário não faltam, podendo ser citados: a) a concessão de aposentadoria por idade independentemente da qualidade de segurado, decisão que contrastava com os fundamentos bismarckianos do sistema, construção tecida inicial-

<sup>13</sup> CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Interpretação do direito na segurança social*, p. 252. In Curso de Especialização em Direito Previdenciário, vol. 1, ROCHA, Daniel Machado e SAVARIS, José Antonio (coord).

<sup>14</sup> A Lei de Benefícios conceitua, no § 3º do art. 16, companheira ou companheiro como a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal. Desta maneira, a união entre homossexuais não constitui entidade familiar, nos termos preconizados pelo § 3º do art. 226 da CF/88. No entanto, ao tratar da proteção previdenciária ofertada aos dependentes no caso do evento morte, no inciso V do art. 201, a CF assegurou o direito de pensão ao “companheiro ou companheira”, conceito que é mais amplo do que o de “convivente em união estável”. Na ACP nº 2000.71.07.00.009347-0, julgada pela Juíza Federal Simone Barbisan Fortes, foi reconhecida a inconstitucionalidade do § 3º do art. 16 da Lei 8.213/91, determinando-se ao INSS que expedisse Instrução normativa na qual foram traçados os procedimentos para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual. A sentença restou confirmada no julgamento da apelação, em 27.07.05.(TRF 4, AC 2000.71.07.00.009347-0, João Batista Pinto Silveira, 6º T., DJ 10.8.05)



mente pelo extinto Tribunal Federal de Recursos e definitivamente incorporada ao ordenamento previdenciário pela Lei nº 10.666/03, resultante da conversão da MP 83/2002; b) as decisões que reconheceram a possibilidade de computar os período em percepção de benefício por incapacidade como prazo de carência (não há como negar a afronta ao conceito de carência contido no artigo 24 da LBPS);<sup>15</sup> c) as decisões que determinavam a revisão da mecânica de cálculo das pensões por morte pela aplicação retroativa dos critérios da Leis 8.213/91 e 9.032/95. É verdade que a última tese acabou sendo derrubada pelo STF no julgamento do RE 416.827 em fevereiro de 2007, mas o caso apontado serve para demonstrar um direito que não havia sido sequer imaginado pelos legisladores originais e que, posteriormente, acabou “descoberto” pelo Poder Judiciário, ou, como é mais adequado reconhecer, criado pela interpretação.

Por isso, no processo de resolução dos chamados casos difíceis, um maior conhecimento dos fundamentos econômico-sociais sobre os quais o sistema previdenciário foi construído bem como dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro são de inquestionável valia. Tais princípios, em cujo conteúdo específico restou entronizada uma concepção solidária de justiça distributiva (isto é, os deveres, sacrifícios, vantagens e proteção concedida pelo sistema à comunidade), pela própria limitação do artigo, não serão aqui examinados.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Nessa linha confira-se: “PREVIDENCIÁRIO. RESTABELECIMENTO DE APOSENTADORIA POR IDADE. PERÍODO EM GOZO DE AUXÍLIO-DOENÇA E APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. COMPUTO PARA EFEITO DE CARÊNCIA. 1. O tempo em que fica a segurada em gozo de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez é computado como tempo de serviço e de carência. 2. Cumprida a carência, único motivo da suspensão do benefício administrativamente, é devido o restabelecimento da aposentadoria por idade a contar do seu cancelamento.” (AC nº 2001.72.02.0007382/SC, TRF 4ª R., Rel. Desembargador Federal Nefi cordeiro, 5ª T., un, DJU 06/11/2002, p. 699.)

<sup>16</sup> A respeito da importância destes princípios para a solução dos problemas jurídico-previdenciários, emergentes da aplicação da legislação previdenciária em um contexto social dramático de escassez de recursos, na medida em que o seu conhecimento e compreensão permitem agregar determinabilidade e racionalidade ao processo decisório, sugere-se a leitura do capítulo 4 do meu livro: *O Direito Fundamental à Previdência Social: na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro*.

### 3 O MODELO DE SEGURIDADE SOCIAL BRASILEIRO

Conceituar a seguridade social nunca foi uma tarefa fácil, tendo em vista os diferentes formatos que a proteção social pode ser organizada para o enfrentamento das situações de necessidade social, embora exista um consenso internacional mínimo expresso na convenção nº 102 da OIT. Examinando as diferentes manifestações, inspiradas pelo princípio da solidariedade, os estudiosos costumam apontar três modelos paradigmáticos de seguridade social. Estes modelos relacionam-se com a visão particular do papel que o Estado deve desempenhar relativamente ao mercado e a sociedade.

O primeiro modelo, conhecido como modelo laborista ou Bismarckiano, aparece no final do século XIX, impulsionado pela necessidade de amparar os trabalhadores contra os efeitos nocivos da Revolução Industrial. Na lição de ZACHER, a questão dos riscos sociais a que os trabalhadores estavam submetidos – como as demais questões sociais nas quais a desigualdade social impõe a intervenção estatal – poderia ser equacionada mediante uma intervenção internalizadora ou exteriorizadora. Na intervenção internalizadora, a solução seria inserida na própria relação jurídica laboral, enquanto na segunda, a resolução ocorreria mediante a transferência da tarefa de amparo para instituições que se destinavam somente à cobertura dos riscos sociais, tendo os legisladores alemães optado pela segunda possibilidade.<sup>17</sup> Coube a Bismarck, que já havia ditado em 1869 a “ordenança industrial” – considerado o primeiro código de trabalho do mundo moderno, regulamentando as relações de trabalho – o pioneirismo de instituir um sistema de seguros sociais<sup>18</sup>,

<sup>17</sup> ZACHER, Hans F. Seguridade Social e Direitos Humanos, In: *Arquivos de Direitos Humanos*, vol. IV, p. 115 e 116.

<sup>18</sup> Concordo com Celso Leite e Luiz VELLOSO que a Lei Alemã de 1883 seja o marco inicial da previdência social que hoje conhecemos. Tudo o que vem antes, na história da previdência social, são apenas antecedentes. (LEITE, Celso Barroso e VELLOSO, Luiz Paranhos, *Previdência Social*, p. 34). Na mesma linha, BARROS Jr. (BARROS Jr., Cássio de Mesquita. *Previdência Social Urbana e Rural*, p. 3). Não há, todavia, unanimidade nesse ponto. RUSSOMANO sustenta que a assistência oficial e pública seria o marco da institucionalização do sistema dos seguros privados e do mutualismo em entidades administrativas, pois no início do século XVII teria começado verdadeiramente a história da previdência. (RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Previdência Social*, p. 6).

começando pelo seguro-doença, aprovado pelo parlamento em 13 de junho de 1883, extensível à generalidade dos trabalhadores.<sup>19</sup>

Neste modelo, o âmbito subjetivo abarca, principalmente, os trabalhadores por conta de outrem (empregados), pois em razão da subordinação econômica e jurídica são os mais sujeitos às consequências dos riscos sociais.

Doutrinariamente, controverte-se sobre qual a terminologia mais adequada: riscos sociais, cargas sociais ou contingências sociais. O risco é entendido como a possibilidade ou proximidade da ocorrência de um dano, isto é, um acontecimento incerto e indesejado. A carga representa uma obrigação que deve ser suportada pelo estado em razão da ocorrência de um fato que cria uma necessidade. Já a contingência seria a possibilidade de que uma coisa aconteça ou não. A ampliação gradativa da noção de risco social está umbilicalmente relacionada com o anelo de instaurar um sistema de defesa social mais abrangente que seria representado pela seguridade social, o qual não se restringiria à erradicação das necessidades sociais materiais encampando, inclusive, as necessidades sociais imateriais. Em geral, os autores que tratam da seguridade social preferem empregar o termo contingência social, uma vez que ele estaria relacionado com acontecimentos que **não demandariam condicionamentos prévios para a sua cobertura**.<sup>20</sup> De efeito, os diversos eventos provocadores de desequilíbrio econômico, quando vislumbrados pela ótica da seguridade social, em um modelo universalista, não seriam relevantes, em virtude do caráter finalístico dessa, cujo elemento decisivo é apenas a situação de necessidade social.

<sup>19</sup> Conforme destacam TORRES e ZAMORA y CASTILLO é um equívoco atribuir a Simón Bolívar o emprego da expressão “seguridade social” em um de seus discursos, no Congresso de Angostura, em 1819, pois no início do século XIX, quando principiava a independência das províncias espanholas da América, não era concebível que se pudesse ter uma noção precisa de uma disciplina e de um conjunto de instituições complexas como as da moderna seguridade social. (TORRES e ZAMORA y CASTILLO. *Tratado de Política Laboral y Social*, Tomo II, p. 417).

<sup>20</sup> PODETTI, Humberto A. Los riesgos sociales, In: BUEN LOZANO, Nestor e MORGADO VALENZUELA, Emilio (Coordenadores). *Instituciones de derecho Del trabajo y de la seguridad social*, p. 648 a 650.

Não é vedada a inclusão dos trabalhadores independentes ou por conta própria (desde o advento da Lei nº 9.789/99 classificados na taxonomia previdenciária como contribuintes individuais) nesta concepção, sendo necessária a realização de **determinadas adequações que considerem as características específicas destes trabalhadores.**<sup>21</sup>

Em um sistema lastreado na forma econômica do seguro, a situação de necessidade social, para receber cobertura, deve ser posterior ao ingresso do trabalhador no sistema. As prestações substitutivas privilegiam a função comutativa, isto é, tendem a ser proporcionais aos rendimentos auferidos com o trabalho. Avulta aqui uma solidariedade entre gerações, porquanto os grupos terão benefícios diferentes. O financiamento do modelo é estribado nas contribuições sociais exigidas das empresas e das descontadas do salário dos trabalhadores, embora o Estado possa participar com cotas, não é incomum que figure simplesmente na condição de responsável pelo pagamento de eventuais défices. Com algumas variações, este modelo é adotado na Alemanha, França, Bélgica, Itália e Espanha.

Considerando a crítica que é tecida contra os modelos universais – os quais seriam utópicos e provocariam uma tendência crescente a acomodação dos indivíduos (diminuição do esforço individual e criação da idéia de que todos tem direito a tudo sem contribuir) – ganhou força a teoria dos três pilares, a qual poderia representar uma formula de conciliação entre a necessária intervenção do Estado com a garantia de uma certa liberdade de escolha aos cidadãos.<sup>22</sup>

A concepção universalista floresceu depois da Segunda Guerra. Os efeitos devastadores do conflito haviam mergulhado a Europa em uma situação econômica de penúria geral, facilitando a aceitação do princípio de uma ampla proteção social.<sup>23</sup> Em 1941, o economista inglês Sir William Beveridge foi convocado pelo governo britânico para presidir uma comissão encarregada de confeccionar um estudo geral da seguri-

---

<sup>21</sup> NEVES, Ilídio das. *Direito da Segurança Social: Princípios fundamentais numa análise prospectiva*, p. 234.

<sup>22</sup> Idem, p. 238.

<sup>23</sup> Idem, p. 154.

dade social nesse país. Em resposta, foram elaborados dois relatórios (Seguro Social e Serviços Conexos - 1942 e Pleno Emprego em Uma Sociedade Livre - 1944), os quais repercutiram na expansão dos seguros sociais em todos os continentes. O delineamento de Beveridge teria sido influenciado pelas idéias de Roosevelt, na busca da erradicação de todas as necessidades do homem, e Keynes<sup>24</sup>, na defesa de uma distribuição de renda mais igualitária.<sup>25</sup> Essas recomendações - que constituíram o plano mais completo até então formulado, o qual se propunha a combater os cinco gigantes: a necessidade, a enfermidade, a ignorância, a miséria e a ociosidade - tiveram uma repercussão favorável, e o exemplo da Inglaterra se estendeu internacionalmente.<sup>26</sup>

O âmbito subjetivo da configuração ambiciona tutelar o conjunto dos cidadãos ou mesmo de toda a população residente no Estado. Avulta aqui uma solidariedade geral e não de grupos. O direito a um benefício substitutivo decorre de alguma característica que indique a inclusão do trabalhador como cidadão, v.g., um tempo mínimo de residência no País, ou pagamento de imposto de renda. O modelo universalista privilegia a função redistributiva, porquanto as prestações não têm uma vinculação com a remuneração. Como destaca Ilídio das Neves, o arquétipo universalista traduz uma visão otimista e maximalista da proteção social.<sup>27</sup> Nesse sistema, há um grande estímulo para o seguro voluntário a fim de que uma proteção especial, além do mínimo, seja buscada de acordo com as necessidades e o desejo de cada um. Enquanto o financiamento

<sup>24</sup> Os planos de Beveridge foram inspirados na teoria de Keynes sobre o pleno emprego e aumento da capacidade de consumo. De acordo com essa teoria, as depressões econômicas cessam, quando ocorre um aumento da demanda agregada, isto é, um aumento real dos gastos públicos, investimentos e consumo privado. Como a previdência social não acumula recursos, mas os redistribui, esse repasse dos que têm o maior poder aquisitivo, pode expandir o consumo privado, fomentando a economia. (BARROS Jr., Cássio de Mesquita. *Previdência Social Urbana e Rural*, p. 12).

<sup>25</sup> ETALA, Carlos Alberto. *Derecho de la seguridad Social*, p. 13.

<sup>26</sup> NUGENT, Ricardo. *La seguridad social: su historia y sus fuentes*, In: BUEN LOZANO, Nestor e MORGADO VALENZUELA, Emilio (Coordenadores). *Instituciones de derecho Del trabajo y de la seguridad social*, p. 614.

<sup>27</sup> NEVES. Ilídio das. *Direito da Segurança Social: Princípios fundamentais numa análise prospectiva*, p. 240.

do modelo segurista é alicerçado primariamente na quotização do segurado e na contribuição social do empregador, a matriz universalista ampara-se no típico esquema de tributação-transferência da função distributiva das finanças públicas.

O modelo assistencialista, por sua vez, tem como destinatárias as pessoas que vivem em condições de grande vulnerabilidade social. Para que elas não sejam privadas de padrões mínimos de dignidade, o Estado obriga-se a tomar medidas de amparo. Claro que o apontado padrão de condições mínimas é extremamente variável. A seguridade social é vista aqui por uma ótica minimalista, cuja atuação deve limitar-se a um papel apenas subsidiário, tendente a diminuir à proporção que o nível de renda das famílias for sendo aumentado. Esta visão aproxima-se da teoria do imposto de renda negativo. Segundo esta idéia, abaixo de um certo limite de rendimentos, não apenas se deixa de pagar imposto, como também se passa a ter direito a prestações sociais.<sup>28</sup> Inegavelmente, o papel do Estado é visto por um prisma utilitarista: sendo certo que o mercado produz a exclusão dos trabalhadores menos capacitados, reconhece-se como relevante uma função de promoção do bem-estar social para prevenir o risco de marginalização social dos excluídos pelo mercado.

Dentro dessa visão reducionista da seguridade social, as prestações são seletivas, destinando-se a assegurar um mínimo necessário para a sobrevivência das pessoas, reclamando a comprovação da situação de miserabilidade de acordo com padrões rígidos, legalmente definidos. Tendo em vista não ser aconselhável que as famílias menos favorecidas sejam eternamente sustentadas pelo Estado, a evolução do modelo busca contribuir para a inserção sócio-familiar ou sócio-profissional dos indivíduos. O modelo universalista tem sido, em muitos países, afetado por novas políticas, tendentes a substituí-lo pelo modelo assistencialista instrumentado por testes de meios ou condições de recurso.<sup>29</sup> Modernamente o modelo assistencialista tem sido apresentado como o direito a um rendimento mínimo ou direito a um mínimo existencial.

<sup>28</sup> NEVES, Ilídio das. *Direito da Segurança Social: Princípios fundamentais numa análise prospectiva*, p. 244.

<sup>29</sup> CORREIA, José Alfredo Henriques. *A sustentabilidade financeira da segurança social em Portugal*, p. 21.

As regras concretizadoras de tais sistemas, como resultam de consensos sócio-políticos, podem ser modificadas, razão pela qual, tem havido sobreposição destes modelos, em especial após as reformas que o *welfare state* tem sido obrigado a efetivar em todos os quadrantes. Assim, tem predominado um regime jurídico no qual há um mix contributivo/não-contributivo, sendo ofertado um benefício universal básico suplementado por um regime contributivo.<sup>30</sup>

No caso brasileiro, a proteção social foi construída tomando como paradigma o modelo laborista bismarkiano, sistema no qual a seguridade social é regida fundamentalmente pela incorporação de elementos jurídicos do seguro (risco, evento e dano) os quais são redefinidos e adaptados para a proteção do trabalhador e de seus dependentes. Corroborando o afirmado, lembre-se que, antes da Carta de 1988, a assistência médica do sistema público não era universal, sendo prestada sem pagamento apenas para quem comprovasse a sua vinculação à previdência social. Por isso, o financiamento é predominantemente lastreado na tributação dos rendimentos do trabalho, sendo que a vinculação ao sistema decorre do recolhimento de contribuições.<sup>31</sup>

Com o advento da Constituição de 1988, adotou-se o conceito de seguridade social, buscando tornar real a universalização subjetiva e objetiva da proteção social (o que, como é notório, está muito longe de ser implementado), passando essas técnicas de proteção social a constituírem um sistema integrado, mas composto por técnicas perfeitamente distintas, regidos por leis específicas. Certamente que a Lei Fundamental pretendeu ampliar o âmbito subjetivo de objetivo da proteção social, entretanto, como ficou demonstrado pelas Emendas Constitucionais posteriores (EC nº 03/93, EC nº 20/98, EC nº 41/03) **a essência laborista do modelo não foi alterada**. Corroborando o argumento, nossa Constituição reconhece, expressamente, a necessidade de que os regimes previdenciários sejam organizados mediante filiação obrigatória, dotados

<sup>30</sup> SCHWARZER, Helmuth. *Paradigmas de previdência Social rural: um panorama da experiência internacional*, p.7.

<sup>31</sup> No caso dos trabalhadores subordinados, sempre houve a transferência da responsabilidade do desconto e do recolhimento das contribuições para as empresas.

de caráter contributivo, e que sejam observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial (art. 40, caput; e art. 201, caput, ambos da CF/88)<sup>32</sup>. Um passo importante na busca desse equilíbrio foi a mudança de paradigma promovida pela EC nº 20/98, substituindo o tempo de serviço pelo tempo de contribuição.<sup>33</sup>

Em resumo, as peculiaridades do nosso modelo de seguridade social, ao contrário do modelo universalista, não permitem que todas as situações de necessidade social sejam amparadas. A estipulação dos condicionamentos genéricos da manutenção da qualidade de segurado e da carência funcionam como filtros de separação entre as situações de necessidade social amparadas pelo regime previdenciário e as que não encontrarão cobertura. Se o nosso sistema de seguridade social quisesse se tornar um sistema universalista, então tais requisitos genéricos deveriam ser eliminados.

#### 4 RESOLVENDO CASOS DIFÍCEIS QUE RECLAMAM REFLEXÃO SOBRE OS REQUISITOS GENÉRICOS

Para qualquer enunciado normativo forjado para reger a generalidade dos casos, conferindo normalidade à vida em sociedade, podemos perceber fatos que, com certeza, são aplicáveis e outros que não são. Mas, considerando a natureza inerente da linguagem, dotada daquilo que ficou conhecido como textura aberta (*open texture*),<sup>34</sup> à proporção que nos afastamos do seu núcleo luminoso, adentramos em uma zona de penumbra ou de incerteza. Quando o juiz está em face de um caso no

<sup>32</sup> Em menos de dezessete anos, período bastante curto em matéria de previdência social, nossa Lei Fundamental sofreu três reformas previdenciárias (EC nºs 20/98, 41/03 e 47/03) com o objetivo de reconfigurar os regimes previdenciários em face das novas realidades econômicas e sociais.

<sup>33</sup> “§ 9º O tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade. § 10. A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício.”

<sup>34</sup> A respeito da textura aberta do direito, consulte-se o capítulo VII da obra: *O conceito de direito* de Herbert L. A Hart.



qual não está seguro sobre a aplicação de certa norma ao fato ou conjunto de fatos semelhantes, sendo necessário a realização de escolhas que demandam aplicação de regras gerais para casos particulares, poderíamos dizer que existe um *hard case* (caso difícil) para ser dirimido.

Claro que não é apenas nos casos difíceis que o juiz interpreta as normas. O simples ato de qualificar um caso como sendo fácil ou difícil, ou uma norma como clara ou obscura, já é uma atividade de interpretação. Como bem percebeu Dworkin, quando discorre sobre a maneira como o direito se assemelha à literatura, em especial quando nos apresenta a parábola do romance em cadeia, decidir casos controversos é semelhante ao ato de escrever um romance. Neste exercício literário, um grupo de escritores é contratado para escrever um romance, sendo que cada capítulo tem um autor diferente. Para que o livro conserve a coerência, a partir do segundo capítulo, cada romancista deve interpretar o texto já escrito para produzir a melhor continuação possível.<sup>35</sup>

De fato, há uma semelhança inegável. Cada operador do direito, ao ingressar no mundo jurídico, depara-se com um sistema pré-constituído por normas e por interpretações jurisprudenciais, e mesmo dogmáticas, que não podem ser simplesmente ignoradas. Em outras palavras, há verdadeiros paradigmas jurídicos consensuais condicionadores do debate jurídico, v.g., uma Súmula do Supremo Tribunal Federal sobre determinada matéria, e outros paradigmas que poderíamos chamar de experimentais sobre os quais ainda não foi formado um consenso.

As concretizações jurisprudências consolidadas em diferentes momentos e provenientes de diferentes magistrados e tribunais, terminam por incorporar-se ao sistema jurídico, produzindo na comunidade a expectativa de que, em casos semelhantes, a decisão será guiada pela mesma “ratio decidendi”.

Com relação aos paradigmas jurídicos consensuais, refutá-los provoca fortes suspeitas sobre a adequação da interpretação proposta e o proponente corre o risco de ser considerado arbitrário, alternativista ou ignorante, ao menos que a divergência seja apontada e adequadamente fundamentada.

<sup>35</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p. 235 a 237.

Ao lado das interpretações consolidadas pelos Tribunais, sejam sumuladas ou não, existem os paradigmas experimentais que estarão sujeitos a revisões e redefinições, até que a melhor interpretação seja por fim adotada, esperando-se que os Juízes e Tribunais consigam reconhecê-la.

Mesmo em face de casos difíceis, se o juiz pesquisar nas revistas temáticas ou nos repertórios eletrônicos de jurisprudência, ele vai encontrar precedentes que, em um ou outro aspecto apresentam certa semelhança. Ao decidir os novos, cada juiz deve buscar escrever o novo capítulo do romance do direito buscando dar a melhor continuação possível – e não escrevendo uma nova história – interpretando o que já foi decidido e que, a partir de agora, também passa a integrar o sistema jurídico que deve ser coerente no seu todo.<sup>36</sup> Com base em tais premissas, são apontados três casos para a apreciação do leitor.

#### **4.1 Um caso difícil versando sobre a aposentadoria por invalidez.**

Consideremos a situação de um contribuinte individual, devidamente inscrito na OAB, e que exerce sua profissão de advogado por 10 anos. Em virtude de um acidente de carro, ele vem a ficar inválido, no momento em que estava há mais de cinco anos sem recolher contribuições previdenciárias. Seria possível autorizar o recolhimento das contribuições atrasadas para que ele pudesse fazer jus ao benefício de aposentadoria por invalidez? Para uma determinada corrente, ele faria jus ao benefício porquanto nossa Constituição, por emanção do princípio da universalidade, optou por instituir um sistema de seguridade social no qual deve prevalecer o interesse da proteção de todas as situações de necessidade social. Ademais, tendo em vista que o contribuinte individual é segurado obrigatório e, sob pena de erradicar a diferença entre segurado obrigatório e facultativo, desde que fosse regularizada a pendência financeira, o segurado faria jus ao benefício.

Em sentido contrário, poderia ser dito que há uma moldura legal blindando o sistema para que este não reconheça direito a benefícios quando o risco social atinge o cidadão em períodos nos quais o vínculo não está ativo. Em razão de o referido trabalhador ter perdido a qualida-

<sup>36</sup> Nesse sentido, mais uma vez Dworkin, *Uma questão de princípio*, p. 240.

de de segurado, no momento anterior a materialização do risco social – foram ultrapassados todos os prazos previsto no artigo 15 da LBPS, sem que o cidadão tivesse implementado direito a outro benefício substitutivo – a situação não contrária abrigo no manto protetor da previdência social. Se o segurado estivesse com pagamentos em atraso, mas mantendo a qualidade de segurado, a situação seria diferente, uma vez que as competências poderiam ser pagas, com os acréscimos devidos, sem nenhum problema, tendo em vista a persistência do vínculo.

Sobre o tema, bem discorre José Antônio Savaris, para a concessão de prestações previdenciárias do regime geral, além da prova do requisito específico, isto é, da situação fática prevista em lei que atribui ao beneficiário o direito à prestação previdenciária, a concessão de um benefício depende do aperfeiçoamento de dois requisitos genéricos: qualidade de segurado e carência.<sup>37</sup> Como destacado no item anterior, nem todas as situações de necessidade social são amparadas pelo nosso sistema, friso mais uma vez, que adotou uma matriz laborista, exigindo a participação direta dos trabalhadores no da previdência. É isso que justifica estipular requisitos genéricos para definir quem pode reclamar o amparo previdenciário.

Nesta quadra, convém recordar que o princípio da universalidade irá adquirir tonalidades específicas na previdência, na assistência e na saúde. Quando se cogita da previdência social, espécie notoriamente contributiva do gênero seguridade social, não se prescinde da necessária participação econômica do segurado, sem a qual o sistema não seria viável, razão pela qual é uma universalidade mitigada. De outro giro, a universalidade da previdência social, quanto ao acesso, não significa, obrigatoriamente, a concessão de um direito igual, para todos os trabalhadores, de receber benefícios exatamente nas mesmas condições.<sup>38</sup> Por força de outros princípios, como o da seletividade, há prestações que não devidas para todos os segurados.

<sup>37</sup> SAVARIS, José Antônio. *Requisitos genéricos da proteção previdenciária: qualidade de de segurado e carência*. In TAVARES, Marcelo Leonardo (Coord), ***Direito Previdenciário em Foco***, Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 5.

<sup>38</sup> ROCHA, Daniel Machado e BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. ***Comentários à lei de benefícios da previdência social***, 7ª ed., p. 33.

Em um sistema de seguridade social de índole bismarckiana, o campo subjetivo é, como regra geral, restrito aos trabalhadores, bem como aos seus dependentes, que mantenham vínculo jurídico à época do fato que rende ensejo à obtenção de determinada prestação. O campo de aplicação pessoal dos seguros sociais, como é cediço, principiou pelos trabalhadores subordinados, pela possibilidade de transferir o ônus do desconto das contribuições. Depois, com a constatação de que outras categorias profissionais, ainda que não assalariadas, apresentavam condições econômicas e um status social similar, pouco a pouco, foi sendo promovida a extensão também para essas categorias.

Contudo para a manutenção do vínculo protetivo, em conformidade com o nosso modelo de previdência social, salvo absoluta impossibilidade, todos devem participar do esforço comum de contribuir para o enfrentamento das situações de necessidade social. As exceções do sistema são expressamente previstas, dispondo o artigo 15 os casos em que a qualidade de segurado é mantida independentemente do recolhimento de contribuições.

Se a previdência é um seguro social que busca redistribuir os riscos da existência humana dentro de uma determinada nação, é imprescindível que todos os trabalhadores que auferem rendimentos participem deste esforço, pois quem não está contribuindo, quando pode fazê-lo, não participa da repartição do custo para o enfrentamento dos riscos sociais que afligem a comunidade. Assim, se for vitimado pelo risco social no momento em que não ostenta a qualidade de segurado, o sistema determina que seja negado o amparo. Vale destacar que o trabalhador que recolhe uma contribuição por ano, após ter completado a carência de doze meses, consoante prevê a regra geral do inciso II do art. 12 da LBPS manterá a qualidade de segurado, estando portanto protegido contra o risco social da incapacidade laboral.

Deve ser destaca, ainda que, tanto quanto possível, a legislação vem buscando aproximar a proteção do contribuinte individual àquela disponibilizada ao empregado, como ocorre com os contribuintes individuais que prestam serviços para pessoas jurídicas, no período

posterior a abril de 2003. Nesse caso, por força da Lei nº 10.666/03, desfrutaram também da presunção de que as contribuições foram regularmente recolhidas.<sup>39</sup>

## 4.2 Dois casos controvertidos nos quais se examina o direito à pensão por morte.

Seria possível conceder pensão por morte aos dependentes do segurado, quando o falecimento for posterior a perda da qualidade de segurado, baseado no fato do ex-segurado ter contribuído acima da carência máxima prevista no regime previdenciário? A questão, dentre outras ações, foi examinada no julgamento do pedido de Uniformização nº 2002.61.84.006454-6, julgado pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. A situação era a seguinte: o segurado, quando do seu óbito, contava com 16 anos e 05 dias de contribuição, carência superior ao exigido pela regra geral para a aposentadoria por idade (180 meses ou 15 anos). Contudo, o trabalhador permaneceu desvinculado do sistema por mais de seis anos, não havendo dúvida da ocorrência da perda da qualidade de segurado antes do óbito em 23.08.96. Não foi possível o implemento da idade, situação geradora do direito ao benefício etário, eis que, no momento do seu falecimento, o trabalhador ostentava 64 anos de idade. A decisão da Turma Nacional reformou a decisão concessória, nos seguintes termos:

Assim, tendo em consideração que a última contribuição do falecido data de 1990 e seu em óbito em 1996 é inafastável o indeferimento do benefício, por ausência de um dos requisitos legais autorizadores. E, para somar, na data de seu falecimento, o falecido não tinha direito adquirido ao recebimento da aposentadoria por idade, pois possuía 64 anos da idade. Também não fazia jus à aposentadoria por tempo de serviço. Não se trata de dispensar injustificado tratamento desigual entre os segurados, mas de evitar que, no caso de

<sup>39</sup> Contudo, se os serviços forem prestados para pessoas físicas, os contribuintes individuais continuam tendo o ônus de comprovar o recolhimento das contribuições.

pensão por morte, que já não exige carência, o segurado, no pleno vigor laborativo, contribua com o mínimo possível para os cofres públicos, ciente de que, da mesma forma, sua família fará jus ao benefício.<sup>40</sup>

Em outra situação similar, a Segunda Turma Recursal do Paraná, ao conhecer do processo nº 2005.70.95.008548-0, relatada pelo Juiz Federal José Antônio Savaris, assim fundamentou a concessão da pensão por morte (sem grifo no original):

Apenas a título ilustrativo, acrescenta-se que, para o caso de concessão de pensão por morte independentemente da qualidade de segurado, a legislação espanhola pode nos fornecer um paradigma, justamente ela que é tão invocada para ilustrar um regime previdenciário ligado aos postulados de equilíbrio financeiro e atuarial. **Como em nosso país, são estabelecidos na Espanha, como requisitos de caráter geral para acesso à proteção previdenciária, o vínculo ao sistema e recolhimento de contribuições (exige-se além da carência, prévia filiação e estado de alta ou de situação assimilada à alta). Todavia, dispensa-se o requisito da alta para os casos de incapacidade permanente absoluta e de grande invalidez, de aposentadoria por idade e de pensão por morte (pensões de viuvez e orfandade), quando o segurado contar com um período de quinze anos de contribuições.** A dispensa do requisito de “estar em alta ou situação assimilada” busca evitar a desproteção de quem, havendo

<sup>40</sup> PENSÃO POR MORTE. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. Decisão recorrida que se baseou no fato do ex-segurado ter contribuído pela carência máxima do sistema previdenciário para afastar a necessidade da qualidade de segurado. Impossibilidade de concessão do benefício pela ausência de preenchimento dos requisitos legais uma vez que o falecido perdeu a qualidade de segurado por ter deixado de contribuir aos cofres da previdência por mais de 6 anos, não se aplicando inciso II e parágrafos 1º e 2º, do artigo 15, da Lei 8.213/91, nem sendo o caso de direito adquirido à aposentadoria por idade ou por tempo de serviço. Incidente conhecido e provido (TUN, Pedido de Uniformização n.º 2002.61.84.006454-6, Rel. Juíza Federal Mônica Autran Machado Nobre).

completado os períodos de cotização, não se encontra vinculado ao sistema ao tempo da ocorrência do “fato causador”, de modo que a ausência de “situação de alta ou assimilada” não obstará a concessão dos benefícios acima referidos se o segurado houver completado período de carência (de quinze anos). Já se o trabalhador estiver em alta ao tempo do óbito, exige-se um período de cotização de quinhentos dias dentro dos cinco anos anteriores ao falecimento, se este não decorrer de acidente ou doença profissional, hipóteses que dispensam carência.”

(...)

De fato, uma vez assimilada a tese da não concomitância dos requisitos e já havendo sido preenchidos os requisitos carência e qualidade de segurado, o cumprimento do requisito etário levaria a concessão da aposentadoria que seria convertida em pensão por morte. **No caso o que se procede é apenas a alteração do risco protegido. A idade não foi alcançada, em razão do “evento morte”, sendo devida a cobertura previdenciária correspondente.**

Esse pensamento, ligado ao valor social do trabalho e a uma Previdência Social qualificada (Beveridgiana), autoriza a concessão da prestação em estudo sempre que o ex-segurado tenha cumprido a carência necessária para obtenção da aposentadoria por idade, de modo a promover, ao fim e ao cabo, o ideal mínimo da Seguridade Social que é, não se deve esquecer, o de proporcionar segurança a cada membro do corpo social e em especial às parcelas economicamente mais vulneráveis.”<sup>41</sup>

Ainda que deva ser reconhecido a necessidade de impor-se requisitos genéricos para a concessão de prestações previdenciárias, entendo que no caso julgado pela Turma Nacional acima referido, o mais ade-

---

<sup>41</sup> Quero registrar apenas minha divergência com relação ao nosso modelo de previdência social, pois como tratei no item 3 do presente artigo, não considero que o nosso sistema de seguridade social seja universalista.

quando seria a concessão da pensão. Isto porque se o segurado tivesse permanecido vivo por apenas mais alguns meses, teria incorporado ao seu patrimônio o direito a perceber o benefício de aposentadoria por idade, assegurando o pensionamento aos seus dependentes. Com relação ao equilíbrio financeiro e atuarial, este foi preservado porquanto, ao longo da sua vida contributiva, o segurado verteu contribuições por 16 anos, tempo superior ao maior prazo de carência, enquanto, em conformidade com a tabela da regra de transição do art. 142, a carência exigida para o ano posterior ao óbito do segurado (1997) seria de 96 meses. Com o escopo de evitar uma amplitude indesejada do referido precedente, estimulando as pessoas a deixarem de recolher contribuições, pelo menos até que o legislador ficasse sensibilizado para tratar do tema, poderia adotar-se como critério seletivo – a ser acrescido ao implemento da carência de 180 meses – mais uma vez, o maior prazo previsto no artigo 15, trinta e seis meses, porém contado regressivamente, ou seja, da data em que o segurado completaria o requisito etário.<sup>42</sup>

Agora vamos imaginar que uma empresária (que seria enquadrada na estirpe de contribuinte individual) resolva filiar-se facultativamente à previdência social. Esta decisão foi tomada após o diagnóstico de câncer contra o qual a trabalhadora lutou durante dois anos. Infelizmente, os tratamentos não surtiram o efeito desejado, sendo que o médico foi obrigado a informar para sua paciente que, em face da metástase, seu prognóstico de vida é inferior a seis meses. Preocupada com o futuro do marido, dentre outras medidas, a segurada começa a pagar contribuições previdenciárias e, antes de efetuar o pagamento da 5ª contribuição, vem a falecer.

Com base em uma interpretação literal do inciso I do art. 26 e dos artigos 74 a 79 da Lei n 8.213/91, poderia-se concluir que o marido faria jus ao benefício. Ocorre que a carência é expressamente dispensada – ao contrário da diretriz do sistema da LOPS, o qual exigia 12 contribuições – sendo a qualidade de segurado, no momento do óbito, o único requisito reclamado para a concessão de pensão por morte para os dependentes

---

<sup>42</sup> Com relação à interpretação do artigo 143 da Lei de Benefícios, como é possível conferir em meu trabalho Comentários à Lei de Benefícios, propugnei critério semelhante para deliberar-se sobre o que seria “período imediatamente anterior ao requerimento do benefício”.



do trabalhador. Além disso, apenas os benefícios por incapacidade possuem vedação expressa, quando o segurado se filia já portador de fatores que acarretam a incapacidade temporária ou invalidez (§ 2º do art. 42 e parágrafo único do art. 59 da LBPS).

No caso em foco, entendo não ser devido o benefício de pensão. As normas jurídicas relacionam-se com o ordenamento jurídico de maneira análoga às relações desenvolvidas entre as células e o organismo vivo que é por elas estruturado. As células não realizam funções que não sejam finalisticamente destinadas a manutenção hígida e saudável do organismo. O nosso sistema de seguridade social contém um valor ético intrínseco e sua aplicação deve concretizar este valor interpretando o sistema jurídico e as práticas individuais e sociais com o objetivo de aperfeiçoar a proteção social da melhor maneira possível.

O Estado Social desenvolveu-se historicamente com base em um sistema de proteção social em que as garantias sociais estavam associadas a seguros obrigatórios destinados ao enfrentamento dos efeitos nocivos decorrentes da materialização de perigos potenciais que ameaçam a vida e a capacidade de trabalho – morte, invalidez, doença e velhice – os quais constituem os riscos sociais.

A abordagem dos problemas sociais com base na noção de risco fortaleceu o sentimento de solidariedade entre as pessoas, convidando-as a abstraírem a conduta do indivíduo (não importa se ele foi relativamente imprevidente ou azarado), passando a tratar as situações de necessidade social por uma perspectiva probabilística e estatística do social (os riscos que podem afetar igualmente a todos podiam ser calculados) ficando o julgamento do indivíduo, a responsabilidade pela ocorrência do seu infortúnio em um segundo plano.<sup>43</sup>

A noção de risco reclama que esse deve ser futuro e incerto, pelo menos quanto ao momento da sua ocorrência. Vale dizer, os riscos sociais tutelados somente são aqueles que vierem a ocorrer após ter sido desencadeada a relação jurídica protetiva e enquanto a conexão do segurado com o sistema previdenciário permanecer ativa.

<sup>43</sup> Rosanvallon, Pierre. *A nova questão social*, p. 35.

No meu sentir, o enunciado normativo expresso no §2º do artigo 42 e no parágrafo único do artigo 59 da LBPS, iluminados pelo nosso modelo de seguridade social e pelos princípios da obrigatoriedade, da proteção e, também da boa-fé, permite extrair as seguintes normas:

a) o segurado que se filia já portador da moléstia que vai invocar como incapacitante não será amparado, porquanto sua filiação foi viciada;

b) o trabalhador que recupera a qualidade segurado, mas cujo risco social incapacitante o vitimou no período em que a filiação estava suspensa, por força da perda desta qualidade, também não tem acesso a benefício previdenciário por incapacidade;

c) o trabalhador definitivamente incapacitado, sobre o qual o risco social já se materializou e cuja filiação é efetivada apenas para produzir o pagamento de prestação previdenciária de natureza substitutiva para seus dependentes (pensão) não pode ser considerada uma filiação de boa-fé, apta a produzir uma obrigação do Estado de amparar tal estado de necessidade social.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As normas também envelhecem, pois o direito não é uma realidade estática e imutável. Não raras vezes, o legislador não consegue acompanhar a evolução social dos fatos ensejando que, apesar de o enunciado normativo objeto da interpretação não ter sido modificado, as normas acabem sendo alteradas pela via da interpretação.

Para que essa atividade não degenera no arbítrio, é necessário cultivar uma consciência hermenêutica atenta, de forma que o interprete esteja ciente de suas prevenções e preconceitos, separando aqueles sobre os quais compreendemos dos falsos preconceitos que podem produzir um mal-entendido.

Nesta pequena exposição procurei destacar que, ao lado dos casos nos quais facilmente percebemos a subsunção do fato nas normas, encontramos aqueles outros que, por estarem situados na zona de penumbra da norma, suscitam dúvidas fundadas sobre a adequação ou não de seu enquadramento na hipótese de incidência das normas que versam sobre a qualidade de segurado e da carência no regime geral. Em tais

casos, certamente avulta o papel do hermeneuta na complementação e no aprimoramento do sistema jurídico.

Inegavelmente, tais situações contrastam com uma das facetas do princípio da segurança jurídica, pois, sem dúvida alguma, é importante que exista uma previsibilidade mínima das decisões judiciais, uma vez que, em casos semelhantes, as normas devem ter sua aplicação pautada por critérios de universalidade. Em parte, o problema é minorado pela observância dos precedentes. Entretanto, assim como as leis, eles poderão ser objeto de uma revisão hermenêutica, decorrente de uma melhor interpretação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Custódio Luís Silva, FLICKINGER, Hans-Georg e ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica Filosófica – nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

BARROS JR., Cássio de Mesquita. *Previdência social urbana e rural*. São Paulo: Saraiva, 1981.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. Polis: UnB, 1989.

BUEN LOZANO, Nestor & MORGADO VALENZUELA, Emilio (Coord.). *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm>>. Acesso em: 25 fev. 2002.

CORREIA, José Alfredo Henriques. *A sustentabilidade financeira da segurança social em Portugal*. Disponível em: <<http://pascal.iseg.utl.pt/~memf/ft-jcorreia-2004.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2008.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Interpretação do direito na segurança social. In *Curso de Especialização em Direito Previdenciário*, vol. 1, ROCHA, Daniel Machado e SAVARIS, José Antonio (coord).

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jéferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ETALA, Carlos Alberto. *Derecho de la seguridad Social*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2000.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer, 3ª ed., Petrópolis, 1999.

GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às normas*. Trad. Edson Bini, São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*, 4ª ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LEITE, Celso Barroso & VELLOSO, Luiz Paranhos. *Previdência social*. Rio de Janeiro: Zahar, 1962.

LUMIA, Giuseppe. *Elementos de Teoria e Ideologia do Direito*, p. 39.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2ª ed. Vol. IV. Coimbra: Coimbra, 1998.

NEVES. Ilídio das. *Direito da Segurança Social: Princípios fundamentais numa análise prospectiva*. Coimbra: Coimbra, 1996.

PODETTI, Humberto A. Los riesgos sociales, In: BUEN LOZANO, Nestor e MORGADO VALENZUELA, Emilio (Coordenadores). *Instituciones de derecho Del trabajo y de la seguridad social*. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm>>. Acesso em: 25 fev. 2002.

ROCHA, Daniel Machado da. *O direito fundamental à previdência social: na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. e BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ROSANVALLON, Pierre. *A nova questão social*. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Previdência Social*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SAVARIS, José Antônio. Requisitos Genéricos da proteção previdenciária (qualidade de segurado e carência). In: TAVARES, Marcelo Leonardo (Coord.). *Direito Previdenciário*. Niterói: Impetus, 2005.

SCHWARZER, Helmuth. *Paradigmas de previdência Social rural: um panorama da experiência internacional*. Brasília: IPEA, 2000. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/pub/ppp/ppp23/Parte3.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2001.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*, 2ª ed., Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

TORRES, Guillermo Cabanellas de & ZAMORA Y CASTILLO, Luis Alcalá. *Tratado de política laboral y social*. 3ª ed. Buenos Aires : Editorial Heliasta, 1982.

ZACHER, Hans F. Seguridade Social e Direitos Humanos, In: *Arquivos de Direitos Humanos*, vol. IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, Ricardo Lobo Torres e Celso Albuquerque Mello (Organizadores).